

Przegląd Prawa Konstytucyjnego

-----ISSN 2082-1212-----

DOI 10.15804/ppk.2020.02.18

-----Nr 2 (54)/2020-----

Sebastian Kubas¹

**Zmierzch powojennego paradygmatu konstytucyjnego.
Artykuł recenzyjny pracy zbiorowej *Constitutional Democracy
in Crisis?*, red. M.A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet,
ISBN-13: 978-0190888985, ISBN-10: 0190888989,
Oxford University Press, New York 2018, ss. 738**

Słowa kluczowe: powojenny paradygmat konstytucyjny, autorytaryzm, praworządność

Keywords: postwar constitutional paradigm, authoritarianism, rule of law

Streszczenie

Zbiór „Constitutional Democracy in Crisis” opublikowany w 2018 r. przez wydawnictwo Oxford University Press znacząco wzbogaca współczesną refleksję na tematy konstytucyjne. W tym artykule recenzyjnym przybliżam tom przygotowany pod redakcją M.A. Grabera, S. Levinsona i M. Tushneta, wyróżniający się krytycznym podejściem do obecnego stanu demokracji konstytucyjnej, co wiąże z osobami redaktorów, których uważam za jednych z najbardziej inspirujących konstytucjonalistów. Ponadto jest to prawdziwie zbiorowa praca, a nie jedynie kolekcja tekstów. Imponujące grono badaczy precyzyjnie opisało przejawy kryzysu demokratycznego w wielu państwach. Spisane zostały czyny i odmowy przestrzegania przepisów, co czyni z tej książki kronikę erozji demokracji z pierwszych dwóch dekad XXI w.

Twierdząc, że tom ten ukazuje zmierzch powojennego paradygmatu konstytucyjnego oraz kryzys refleksji naukowej na temat prawa konstytucyjnego. W tym sensie książka ta jest doktrynalną migawką, uchwyceniem przejścia między dyskredytowanym sta-

¹ ORCID ID: 0000-0003-0024-6679, doktor, Katedra Prawa Konstytucyjnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie. E-mail: sebastian.kubas@uj.edu.pl.

rym a nieznanym nowym. Wątek ten rozwijam w drugiej części artykułu, odwołując się do takich autorów, jak U. Mattei i L. Nader (nielegalność praworządności), M.F. Masoud (użycie prawa do utrzymania władzy), F.J. Urbina (krytyka proporcjonalności i ważenia), A. Sulikowski (napiecie między konstytucjonalizmem a nowoczesnością), L.M. Seidman (nieposłuszeństwo konstytucyjne), M.P. Markowski (szkodliwa rola wartości w procesie politycznym), J. Dukaj (polityka w erze po piśmie).

Abstract

**The Decline of the Postwar Constitutional Paradigm:
Review Article of *Constitutional Democracy in Crisis?*,
eds. M.A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet, ISBN-13: 978-0190888985,
ISBN-10: 0190888989, Oxford University Press, New York 2018, pp. 738**

“Constitutional Democracy in Crisis?” published in 2018 by Oxford University Press significantly enriches contemporary debate on constitutional topics. This review article briefly outlines the volume edited by M.A. Graber, S. Levinson and M. Tushnet. What makes this book distinctive is its critical approach to the present status of constitutional democracy, which I associate with the influence of the editors whom I count among the most inspiring current constitutional thinkers. Moreover, this is a truly collaborative effort, not just a collection of papers. An impressive array of contributors produced a detailed study on the apparent weakening of many constitutional democracies around the world. Deeds and refusals to obey the law were written down which makes this volume a chronicle of the erosion of democracy during the first two decades of the 21st century.

I argue that the book also shows the decline of the postwar constitutional paradigm and the crisis of the academic reflection about the constitutional law. In this sense the book is like a snapshot of the transitional moment between the discredited past and an unknown future. I expand this theme in the second part of the review drawing on authors such as U. Mattei and L. Nader (the illegality of the rule of law), M.F. Massoud (the use of law to maintain power), F.J. Urbina (a critique of proportionality and balancing), A. Sulikowski (the tension between the constitutional thinking and the modernity), L.M. Seidman (the constitutional disobedience), M.P. Markowski (the damaging role of values in the political process), J. Dukaj (the politics in the era of post-literacy).

Bardzo prężnie rozwijająca się refleksja na tematy konstytucyjne w wymiarze ogólnoświatowym została znacząco wzbogacona poprzez ukazanie się w październiku 2018 r. pracy zbiorowej poświęconej zawartemu w jej tytule pytaniu: *Kryzys demokracji konstytucyjnej?* W pierwszej części niniejszego tekstu przybliżę tę obszerną książkę, liczącą przeszło 700 stron, wydaną przez renomowane wydawnictwo Oxford University Press. W części drugiej przedstawię zaś związaną z tym garść uwag dotyczących paradygmatu konstytucyjnego i podejmowania go w literaturze przedmiotu.

„Constitutional Democracy in Crisis?” to bardzo wartościowy tom będący owocem współpracy 44 badaczy. W 38 rozdziałach wielostronnie podejmują oni pytanie, czy mamy do czynienia z globalnym kryzysem demokracji czy jedynie obserwujemy normalne, cykliczne przemiany ustrojowe, krytykowane głównie przez lewicowych polityków i badaczy. Poza zespołem współautorów za wysoki poziom książki odpowiada trzech redaktorów. Już sam widok na okładce nazwisk tych redaktorów, Marka A. Grabera, Sanforda Levinsona i Marka Tushneta, był dla mnie zwiastunem, że mogło powstać dzieło nieprzeciętne, ponieważ od lat uważałem właśnie tych amerykańskich uczonych za najbardziej inspirujących autorów zajmujących się amerykańskim ustrojem i prawem konstytucyjnym. Każdy z nich, na własny, oryginalny sposób, niestrudzenie od lat objaśniał problematykę amerykańskiego konstytucjonalizmu, podważał utarte przekonania i pokazywał intelektualną potęgę „myśli nieoswojonej”, drążącej, wątpliwej, a w efekcie iluminującej. Lektura omawianego tomu wskazuje na to, że redaktorzy istotnie wpłynęli na postać, jaką przybrał zbiorowy wysiłek międzynarodowego zespołu autorów, reprezentujących ośrodki naukowe od teksańskiego Austin, przez Nowy Jork, Toronto, Buenos Aires, Oxford, Paryż, Getyngę, Warszawę, po Hongkong, Tajpej i Sydney. W licznych tekstach poszczególnych autorów pojawiają się wzmianki dotyczące wkładu i inspiracji ze strony redaktorów. Ponadto mamy do czynienia z prawdziwie zbiorową pracą, a nie jedynie z połączeniem artykułów dotyczących obranego tematu. Poszczególni autorzy nawiązują nierzadko do pozostałych, zestawionych w tomie esejów. Wieńczy zaś omawiane dzieło część czwarta, zatytułowana *Obserwacje*, w której każdy z redaktorów osobno przedstawia swoje przemyślenia na temat obecnej kondycji demokracji konstytucyjnych, wspierając się obszernie ustaleniami współautorów całego tomu. W głębszej warstwie, wpływu redaktorów dopatruję się w przenikają-

cym cały tom krytycznym nastawieniu, gotowości do kwestionowania własnych przekonań i obserwacji, oraz w pobudzaniu czytelników do sceptycznego myślenia, a nie zawierzenia, co symbolizuje już znak zapytania w tytule.

Książka podzielona jest na cztery części. Część pierwsza zatytułowana jest *Tło*, a zawiera cztery wprowadzające teksty poświęcone charakterowi kryzysów konstytucyjnych i perspektywie historycznej, zdefiniowaniu liberalnej demokracji konstytucyjnej oraz zarysowaniu obecnej „trajektorii” demokracji na świecie. Część druga, zajmująca przeszło połowę książki, nosi tytuł *Państwa i regiony*. Mieści się w niej 19 rozdziałów poświęconych przede wszystkim, jak to ujmują redaktorzy, „trudnym dzieciom współczesnej demokracji konstytucyjnej”, czyli USA, Węgrom, Turcji, Wenezueli, Izraelowi, Polsce, Hiszpanii, RPA oraz Unii Europejskiej. Ponadto znajdziemy w niej teksty poświęcone stabilnym demokracjom (Kanada i Australia), demokracjom przechodzącym trudności (m.in. Meksyk i Francja) oraz regionom (Afryka, Ameryka Południowa, Azja Południowa). Część trzecia, *Czynniki*, grupuje teksty omawiające wpływ na demokrację konstytucyjną takich globalnych bodźców jak fundamentalizm religijny, terroryzm, nierówności ekonomiczne, globalizacja, imigracja czy zmiany klimatyczne. Ponadto znajduje się w niej tekst poświęcony partiom politycznym oraz esej na temat wpływu rozwiązań konstytucyjnych na utrzymanie demokracji konstytucyjnej. Wspomniana część czwarta, *Obserwacje*, poza tekstami trzech redaktorów zawiera jeszcze bardzo krytyczne omówienie projektu integracji europejskiej dokonane przez Josepha H.H. Weilera.

W otwierającym tom wprowadzeniu autorstwa trzech redaktorów wyrażono podstawowe cele przyświecające współautorom i przypomniano okoliczności, w jakich tworzono książkę. Jak stwierdzają redaktorzy, wygląda na to, jakby nie było już na świecie schronienia, w którym ustroje podające się za konstytucyjne i demokratyczne odporne byłyby na rozliczne bolączki. Demokracja konstytucyjna ma zadania trudniejsze niż kiedykolwiek w historii, a skutki niepowodzeń mogą być potencjalnie katastrofalne. Ta forma ustrojowa przestała być też jedynym atrakcyjnym wyborem, zwłaszcza w Azji Wschodniej, gdzie preferowani są autokraci. Równolegle demokracje konstytucyjne są raczej przemijającymi zjawiskami, znajdują się w stałym kryzysie, a przeciętny okres obowiązywania konstytucji wynosi niecałe 20 lat. Sukcesy prawicowych populistów sugerują, że coraz więcej ludzi odrzuca dominującą

wersję liberalnej demokracji konstytucyjnej i używa istniejących konstytucji do realizacji wizji antyliberalnych, za co odpowiedzialność w dużym stopniu ponoszą zachowania dotychczasowych elit. Zebrane w tomie eseje stanowią mają ogólny informator na temat stanu demokracji konstytucyjnej, pozwalając na dokonanie oceny, czy występuje globalny kryzys demokracji konstytucyjnej. Autorzy skupieni są na diagnozie przyczyn obecnych dolegliwości, ponieważ diagnoza na tym etapie wydaje się ważniejsza, a nie ma gotowych środków zaradczych.

Ta diagnostyczna zapowiedź jest rozwijana w kolejnych tekstach w wyrażnie krytycznym, sceptycznym wobec uproszczonych odpowiedzi tonie, co wzmacniane jest także wielością perspektyw poszczególnych autorów, którym najwyraźniej redaktorzy pozostawili znaczącą swobodę w podjęciu wybranych tematów. Uważam, że takie podejście okazało się bardzo skuteczne i zgodnie z nadzieją redaktorów doprowadziło do powstania dzieła, którego całościowa wartość przewyższa prostą sumę części składowych. Podkreślam chłodny namysł autorów i ich ostrożność w dokonywaniu nadmiernych generalizacji także z tego powodu, że obecna fala publikacji krytycznych wobec tego, co przedstawia się jako triumfy autorytaryzmu, m.in. wystąpienia Timothy'ego Snydera, spotyka się w poważnych recenzjach i reakcjach z krytyką za uproszczenia, polemizowanie z własnymi projekcjami, paranoidalne szerzenie hysterii i podnoszenie fałszywych alarmów.

Wielość autorów oraz obfitość tekstów i tematów, spotęgowana podkreślaną przeze mnie próbą wielostronnego naświetlania analizowanych zjawisk i procesów, powoduje, że sama percepcja poruszonych w książce wątków wymagałaby co najmniej tygodniowego rzetelnego seminarium naukowego. Jeszcze więcej czasu czy miejsca w druku wymagałoby podjęcie polemiki z przedstawianymi tezami, do której taka formuła publikacji szczególnie zachęca. W ramach ograniczeń niniejszego tekstu wykorzystać mogę tylko ułamek przemyśleń autorów, aby wyrazić kilka ogólniejszych uwag. W przedstawiającej tło części pierwszej Jack M. Balkin zauważa, że najczęściej o kryzysie konstytucyjnym mówi się hiperbolicznie, wyolbrzymiając spory konstytucyjne i polityczne. Jednakże mówienie o kryzysie konstytucyjnym może być oznaką uzasadnionej obawy, że dojdzie do takiego załamania konstytucyjnego. W podobnie ostrożnym tonie Tom Ginsburg i Aziz Z. Huq na podstawie licznych danych oceniają, że występują znaczące dowody na globalną demokratyczną

recesję, jednak nie sugerują one bezpośredniej zmiany paradygmatu. Recesja ta przybiera wiele form i zapewne ma wiele przyczyn. Obaj autorzy mocno odnoszą się do problemu fałszywego alarmu. Jak piszą, jedno z największych moralnych katastrof XX w. zrodziły się na gruzach po nieudanej fali demokracji. Przyjrzenie się temu dziedzictwu skłania do refleksji, że zarzuty o podnoszenie fałszywego alarmu są rozdmuchane. „Przeciwnie, wydaje się, że ci, którzy pomniejszają ryzyko związane z odwrotem demokracji, wykazują się moralną nonszalancją.” Zachary Elkins, przedstawiając historyczną perspektywę kryzysów demokratycznych, stwierdza, że jeśli istnieje jakiś demokratyczny odpowiednik prawa Newtona, to taki, że po falach demokracji następują niedemokratyczne odpływy, a my stoimy właśnie na szczycie trzeciej fali. Pocieszeniem może być to, że okresowe kryzysy demokratyczne czy konstytucyjne są wpisane w istotę demokratycznego rozpraszania władzy. Demokracja nie jest wcielonym dobrem, wpisane w ten ustrój są wewnętrzne napięcia, m.in. między uzgodnieniem a efektywnością oraz wolnością a równością. Gdy po odpływie punktem odniesienia stanie się ustrój niedemokratyczny, w ramach „korekty rynkowej” prawdopodobnie demokracja znowu stanie się atrakcyjna i cykl się powtórzy. Problemem jest jednak tempo odrabiania strat. Demokracje upadają szybko i przeciętnie dwukrotnie więcej czasu wymaga powrót do stanu przed załamaniem.

Budulcem, na podstawie którego formułowane są w omawianej pracy uogólnienia, jest najobszerniejsza część druga zawierająca omówienie państw i regionów, zarówno tych, które stanowią wiodące przykłady zejścia z demokratycznej drogi ku rządów autorytarnym (zwłaszcza Turcja i Wenezuela), jak również państw, którym przypisuje się kryzys demokratyczny (m.in. Stany Zjednoczone Ameryki, Hiszpania, Polska, Izrael). W części tej omówiono także dwie oazy demokratycznej stabilności, za jakie obecnie uważa się Kanadę i Australię. Co ważne, poszczególne teksty stworzyli w większości badacze wywodzący się z danych państw i regionów, znający lokalną specyfikę. Ich teksty tworzą także pewnego rodzaju encyklopedię zagadnień ustrojowych.

Przed wszystkim jednak w części tej precyzyjnie opisano przejawy kryzysu demokratycznego w większości opisywanych państw. Spisane zostały czyny i odmowy (przestrzegania przepisów), a zestawienie ich w jednym tomie, niemalże strona po stronie – trudno bowiem nadmiernie optymistycznie traktować pozytywne wieści jedynie z Kanady i Australii – tworzy ob-

raz uzasadniający końcowe uwagi, iż pergaminowe bariery konstytucyjne nie wytrzymują naporu sił politycznych, a znacząca liczba obywateli w demokracjach konstytucyjnych odrzuca powojenny konstytucyjny paradygmat. Kolejni autorzy zwięźle i rzeczowo opisują przebieg wypadków w poszczególnych państwach. David Landau przedstawia, jak w Wenezueli formy właściwe dla liberalnego i demokratycznego konstytucjonalizmu zostały wykorzystane do podkopania demokratycznego ustroju. Gábor Halmai odtwarza kolejne kroki kontrrewolucji ustrojowej przeprowadzonej przez węgierski FIDESZ. O podobnych kontrrewolucjach można przeczytać w rozdziałach dotyczących Indii i Izraela. Wojciech Sadurski relacjonuje populistyczną ofensywę przeciwko liberalnemu konstytucjonalizmowi w Polsce, odbywającą się, jak pisze, *tous azimuts*, na wszystkich frontach, przy wykorzystaniu wzajemnie wzmacniających się zmian i praktyk. Heinz Klug objaśnia, jak korupcja i wadliwe działanie władz doprowadziły w Republice Południowej Afryce do poczucia prawie permanentnego kryzysu. Niezależnie od dalszego rozwoju wypadków uważam, że już ta część książki, rozległa kronika erozji demokracji z pierwszych dwóch dekad XXI w., przesądzi o jej długotrwałym znaczeniu. Będzie bowiem ona łatwym do wykorzystania źródłem, a przedstawione przez autorów syntezy pozwalają będą na rekapitulację wydarzeń z opisywanego okresu.

W ramach tej części formułować można wiele obserwacji i cytować wiele spostrzeżeń autorów. Dla przykładu Richard Albert i Michael Pal w rozdziale poświęconym Kanadzie stawiają tezę, że jedną z głównych przyczyn, dla której kanadyjski sąd konstytucyjny wpływa na stabilizację demokracji i zachowuje względnie niepolityczny charakter, stanowi możliwość wydawania przez ten organ opinii doradczych. Jest to co prawda wyraźnym naruszeniem wszelkich ścisłych teorii rozdziału kompetencji, ale pozwala na osłabianie konfliktów pomiędzy władzami. Rosalind Dixon i Anika Gauja przekonują zaś, że z Australii płynie lekcja o korzystnym wpływie formalnego obowiązku wyborczego. W ramach tej obfitości refleksji pragnąłbym zwrócić uwagę na dwie kwestie. Pierwsza to niezwykle ranga Polski w prowadzonych w przedstawianym tomie analizach porównawczych. Lektura całości pozwala na wysunięcie tezy, że w ciągu zaledwie czterech ostatnich lat Polska wysunęła się na czoło w intelektualnych zasobach, z których czerpać mogą badacze ustrojów, a pośrednio także politycy i zainteresowani czytelnicy. W anglojęzycznej literaturze ustrojowej ostatnich dekad niewiele uwagi

poświęcano sprawom polskim, co wiązało się też z niezbyt dużą dostępnością źródeł poświęconych temu państwu. Tymczasem w tomie *Constitutional Democracy in Crisis?* przykład Polski jaśnieje pełną mocą. Według wielopłaszczyznowo mierzącego poziom demokracji liberalnej indeksu V-DEM Polska w latach 2007–2016 znalazła się na trzecim miejscu wśród państw o największym spadku tego poziomu, wyprzedzona tylko przez Turcję i Ukrainę. Drobiazgowo wyliczone odniesienia do Polski zajmują około trzy czwarte strony w wieńczącym prezentowaną książkę indeksie przedmiotowym, ponieważ poza tekstem Wojciecha Sadurskiego liczni inni autorzy odwołują się do polskiego przykładu. Między innymi Yaniv Roznai wyjaśnia czytelnikom, że co prawda regres demokratyczny w Izraelu nie jest jeszcze bardzo daleko posunięty, ale podobieństwa do Polski są alarmujące. Ran Hirschl i Ayelet Shachar, omawiając wzrastające poleganie na retoryce religijnej w ramach populistycznego czy nieliberalnego trendu, odnotowują, że w Polsce prezydent Andrzej Duda wraz z partią Prawo i Sprawiedliwość odkryli na nowo religię jako magnes wyborczy, a pierwszą ofiarą tego padły prawa kobiet. Na przykładzie Polski omawia Samuel Issacharoff populistyczne ataki na sądownictwo. Polska stanowi również punkt odniesienia w rozdziale o odnowieniu się nacjonalizmu i rasizmu. Natomiast Sujit Choudhry cały podrozdział swego tekstu poświęconego roli konstytucji w utrzymaniu demokracji konstytucyjnej tytułuje „muzykologicznie” *La Suite Polonaise*, czyniąc z przedstawionych ze znawstwem zmian prawnych w Polsce od końca 2015 r. wzorzec udanego ataku na demokrację. Jak widać, przykład Polski stanowi tło i inspirację dla wielu rozważań prowadzonych w tej książce, z przekonaniem można więc stwierdzić, że osiągnięcia polskich elit rządzących i wspomagających ich prawników stały się znaczącym wkładem w konstytucjonalizm światowy. Osobno warto wspomnieć, że w maju 2019 r. nakładem Oxford University Press ukazała się monografia Wojciecha Sadurskiego na temat załamania konstytucyjnego w Polsce, rozwijająca na blisko 300 stronach wątki podjęte przez tegoż autora w omawianym tomie.

Drugie zagadnienie wyróżniające się w części *Państwa i regiony* podjęte jest w rozdziale autorstwa Davida S. Lawa i Chien-Chih Lina dotyczącym pluralizmu ustrojowego w Azji. Obaj badacze podkreślają, że Azja jako najbardziej heterogeniczny region, w którym demokracje konstytucyjne koegzystują z reżimami autorytarnymi, doskonale nadaje się do testowania teorii

dotyczących żywotności demokracji konstytucyjnych. Wnioski autorów są stanowcze. Sytuacja w Azji dowodzi, że reżim może utrzymywać powszechne poparcie bez wyborów. Nie jest także oczywiste, iż demokracje konstytucyjne dysponują wrodzoną przewagą nad innymi ustrojami, jeśli chodzi o zaspokajanie podstawowych potrzeb obywateli. Trwają te reżimy, które mają dobre wyniki gospodarcze, więc obok demokracji dobrze radzą sobie biurokratyczne państwa autorytarne.

Ten ostatni wątek pozwala na przejście do najbardziej wartościowego aspektu prezentowanej książki, który widoczny był w pierwszych dwóch częściach, a w części trzeciej, poświęconej czynnikom wpływającym na kondycję demokracji konstytucyjnych, wysuwa się na pierwszy plan. Mam tu na myśli poruszoną na wstępie kwestię krytycyzmu przyświecającego autorom. Tom ten pokazuje najlepsze strony metody naukowej możliwej do zastosowania w refleksji ustrojowej, to znaczy sceptycyzm, wielostronny ogląd i szukanie słabych stron prezentowanych lub komentowanych tez. Autorzy unikają epatowania grozą i przerysowania. Wojciech Sadurski swój tekst o Polsce kończy uwagami o tym, że utrzymanie antydemokratycznego trendu nie jest wcale nieuniknione. Autorki rozdziału o Australii analizują, czy quasi-populistyczny zwrot, jaki dokonał się w polityce głównego nurtu w tym państwie, nie był zasadny dla utrzymania demokratycznego rdzenia ustroju. Michaela Hailbronner swój rozdział o kryzysie demokratycznym dotyczącym Unię Europejską kończy sugestiami, iż tom ten otrzeźwiająco wpływa na ogląd obecnych wydarzeń i pozwala dostrzec, jaką pracę należy wykonać, zamiast rozpaczć nad utraconym ideałem Europy.

Najbardziej otrzeźwić zaś mogą rozważania z części trzeciej. Ogólny wydzwięk zebranych w niej tekstów jest taki, że nie ma absolutnie niczego zaskakującego w bieżącym regresie demokracji konstytucyjnej. Masowi wyborcy dość długo utrzymywali poparcie dla tradycyjnych sił politycznych, zwłaszcza po kryzysie finansowym z 2008 r, ale niedostosowanie rozwiązań konstytucyjnych do potrzeb społecznych występowało już od dawna. Samuel Is-sacharoff stwierdza, że osłabienie gospodarcze po 2008 r. wraz z wpływem zglobalizowanego rynku na zarobki zszargało legitymację reżimów demokratycznych postrzeganych jako gra dla wtajemniczonych i środek instytucjonalizacji przywilejów elit. Desmond King i Rogers M. Smith w rozdziale dotyczącym rasizmu stwierdzają, że populistyczni liderzy dobrze sobie radzą,

ponieważ wiele powszechnych i zrozumiałych pretensji nie było adekwatnie rozpatrywanych w zachodnich demokracjach, zaś politycznym impresariom udało się przekierować uwagę wielu wyborców na zagrożenia etnokulturowe. Kim Lane Scheppele w ekspresywnym tekście o dwuznacznym tytule *The Party's Over* (koniec partii/koniec zabawy) opisuje upadek tradycyjnych partii politycznych, który poprzedzał upadek demokracji. Autorka formułuje m.in. tezę, że to nie lud zawiódł demokrację, dając się prowadzić bezmyślnie do zniewolenia. To systemy partyjne zdradziły lud, nie wysuwając rozsądnych alternatyw, kiedy zachodziła potrzeba zmiany liderów. Ganesh Sitaraman odnosi się do współczesnych rozważań na temat ewentualnego związku kryzysu demokracji konstytucyjnej z nierównościami ekonomicznymi. Autor ten rozbijając przypominając, że przez setki lat teoretycy polityki, mężowie stanu i badacze konstytucji byłiby zaskoczeni, że w ogóle można o to pytać, ponieważ za oczywiste uważano, że nierówności ekonomiczne w sposób nieunikniony oznaczają koniec rządów republikańskich. Jak to wyraził sędzia Louis Brandeis, możemy mieć demokrację albo możemy mieć bogactwo skoncentrowane w rękach nielicznych, ale nie możemy mieć obu tych rzeczy naraz. W podobnym tonie David Schneiderman zauważa, że może nie przypadkiem stały spadek frekwencji wyborczej w zachodnich demokracjach rozpoczął się w latach 70. XX w., kiedy zaczęła dominować polityka neoliberalna – skoro państwa stały się firmami windykacyjnymi na rzecz globalnej oligarchii inwestorów, oczekiwania obywateli wobec takich państw zostały obniżone i zaczęli oni wycofywać się ze sfery politycznej.

Walory omawianego tomu są rozliczne, ale za najbardziej godne uwagi uważam to, że mamy tu do czynienia z modelowym w zasadzie przejawem zmierzchu panującego paradygmatu naukowego w zakresie formuły demokracji konstytucyjnej, która święciła triumfy przez kilka dekad po drugiej wojnie światowej. Opisywany w tomie kryzys demokracji konstytucyjnej, w sensie empirycznym, jest zarazem kryzysem refleksji naukowej na ten temat, w sensie metodologicznym. Przekształcenia ustrojowe opisywane sumiennie przez zatroskanych autorów są niczym innym jak anomaliami w rozumieniu Thomasa S. Kuhna, które podważają wyuczony i obowiązujący sposób przedstawiania, a także interpretowania kwestii konstytucyjnych w środowisku akademickim. Materiały zawarte w drugiej i trzeciej części książki są także odzwierciedleniem narastającej skali anomalii, a podważanie paradygmatu

liberalnego konstytucjonalizmu dochodzi najmocniej do głosu w podsumowujących tekstach zawartych w ostatniej części, co wiąże także z podkreśloną na początku mego tekstu otwartością intelektualną redaktorów tomu. Fascynującym wrażeniem z lektury całości książki jest na płaszczyźnie metodologicznej możliwość odbioru odpowiedzi szerokiego grona współautorów na niezgodność faktów z teorią. Część z nich stara się wyeliminować to napięcie poznawcze jeszcze na gruncie starego sposobu objaśniania świata, ale pojawiają się też próby pójścia krok dalej.

W bardzo ciekawym tekście dotyczącym problemu imigracji T. Alexander Aleinikoff stawia tezę, że legitymacja konstytucyjnych demokracji jest ustanawiana samoreferencyjnie, w akcie objęcia władztwa nad określonym terytorium i ludem, a imigrujący nieobywatele obnażają tę konstytucyjną samoczynność oraz zdolność lokalnego *demos* do wykluczania z niego innych istot ludzkich. Te konstytucje, które przyznają prawa nieobywatelom, czynią tradycyjny paradygmat nieadekwatnym opisem wielu demokracji konstytucyjnych, a w dłuższej perspektywie migracja może doprowadzić do zmiany tradycyjnego rozumienia państwa i suwerenności. W (auto)krytycznej analizie demokracji europejskiej J.H.H. Weiler głosi, że obecne demokracje stały się tak odległe wobec elektoratu jak wielkie przedsiębiorstwa wobec udziałowców. Okresowo dochodzi do wymiany kadry zarządzającej, ale to klientelistyczna, nierepublikańska forma demokracji, w której nie ma odpowiedzialności ludu i jednostek ani kontroli. Demokracja nie była częścią oryginalnego DNA integracji europejskiej, a tak zwane siły populistyczne potrafiły pozyskać poparcie, ponieważ odpowiadają na realne potrzeby ludzkie, „na które my, konformiści z wyścielanego centrum, z zadowoleniem zamykaliśmy oczy”. Ta ostatnia kwestia stanowi również ważny element wywodu Marka Tushneta, którego tekst o porównaniu prawicowego i lewicowego populizmu stanowi ozdobę całego tomu i zapewne szczególnie będzie pobudzał do polemik. Myśliciel ten wychodzi od obserwacji, że w obecnej fali populizmu można wyróżnić zarówno jego wersję prawicową, jak i lewicową, ale większość autorów akademickich, będących zwykle liberalnymi kosmopolitami, koncentruje krytykę na prawicowym populizmie. Tę negatywną ocenę przedstawia się jako politycznie neutralną, zapewne z tego powodu, że bezpośrednia krytyka polityczna wyglądałaby nienaukowo. Źródeł współczesnego populizmu, prawicowego i lewicowego, upatruje M. Tushnet w niespełnionej obiet-

nicy, jak to nazywa, międzynarodowego konstytucjonalizmu dobrobytu, który elity rządzące zaoferowały obywatelom po 1945 r., a w naszej części Europy po 1989 r. „To, co jest wspólne dla populizmu, to atak, w mojej opinii zasadniczo usprawiedliwiony, na nieudolne i zepsute elity polityczne. Aby takie ataki się powiodły – z jednego lub drugiego kierunku – nieudolne elity polityczne muszą zostać wymiecione ze swych pozycji. Często wymaga to zmiany konstytucyjnej. Wyrażając to ogólniej, często konstytucje muszą zostać zmienione w celu wyeliminowania pewnych mechanizmów weta (*veto points*), które wyzyskiwały nieudolne elity. [...] Ponieważ sądy są często jednym z takich mechanizmów weta, czasami może to oznaczać zmianę składu sądów, metody selekcji sędziów oraz ich jurysdykcji. [...] Jak bezpośrednio z tego wynika: traktowanie wysiłków na rzecz przekształcenia sądów jako znaczącej kwestii – czyli »ataków na niezależność sędziowską« – w walce z populizmem to obrona niespełniającego oczekiwań status quo, a nie politycznie neutralna obrona centralnego składnika każdej dobrej konstytucji.” W konkluzji tych rozbudowanych i wysoce krytycznych rozważań dochodzi M. Tushnet do wniosku, że populizm jest reakcją na rzeczywiste porażki elit; być może istniejących konstytucji nie można poprawić bez wywołania innych zagrożeń, w szczególności autorytaryzmu, jednakże w świetle tych porażek, które wywołały populizm, powinniśmy być otwarci na rozważenie merytoryczne proponowanych przezeń innowacji instytucjonalnych i zmian konstytucyjnych. Bezpośrednio wątek powojennego paradygmatu konstytucyjnego podejmuje także w zamykającym tom tekście Mark A. Graber, podnosząc m.in., że materiały zawarte w książce potwierdzają obawy, że demokracja konstytucyjna najlepiej funkcjonować może w społecznościach homogenicznych, a tożsamości kosmopolityczne oparte na poszanowaniu uniwersalnych praw człowieka są dla większości obywateli zbyt słabe. Wielu „kosmopolitów” znacznie bardziej angażowało się na rzecz globalizacji, niezależnych sądów i sekularyzmu, zamiast na rzecz wolności politycznych, powszechnego dobrobytu i solidniejszych koncepcji inkluzywności. Jak ocenia ten autor, zdecydowanie wychodząc poza dotychczasowy paradygmat, progresywny kosmopolityczny konstytucjonalizm musi być promowany politycznie, a nie bronić prawnie; sądownictwo najmniej nadaje się do promowania tej wizji konstytucjonalizmu, a nadmierne poleganie na sądownictwie może osłabiać polityczne podstawy powojennego paradygmatu.

Poza przedstawionym tomem do dzieł otwarcie podważających szeroko rozumiany paradygmat konstytucyjny należy praca Ugoni Matteiego i Laury Nader z 2008 r. pod tytułem *Grabież*. Autorzy argumentują w niej, że idea *rule of law*, praworządności, sama w sobie jest nielegalna, w zakresie, w jakim stanowi główny składnik imperialistycznej i kolonialnej polityki euro-amerykańskiej wobec słabszych podmiotów. Ponieważ chrześcijaństwo przestało być dostatecznym ideologicznym uzasadnieniem agresywnych wojen, zwłaszcza na Bliskim Wschodzie, idea *rule of law* wydaje się przejmować rolę czynnika przekonującego opinię publiczną świata Zachodu do moralnej akceptacji agresji militarnej i okupacji obcych państw. Dyskusji na temat idei praworządności unikano, ponieważ pozytywne konotacje z nią związane uważano za oczywiste, tymczasem retoryka *rule of law* kamufluje zabór ziemi, wody, minerałów i siły roboczej przez hegemoniczne państwa i innych potężnych aktorów międzynarodowych². Refleksje obojga autorów są tak krytyczne i wywrotowe, że ich książka nie przeniknęła do głównego nurtu refleksji ustrojowej, w większym stopniu przyciągnęła uwagę antropologów, a samo znalezienie wydawcy okazało się, jak relacjonują, „szczególnie długim i trudnym” procesem.

Z lepszym przyjęciem spotkała się eksplorująca zbliżone problemy, a wydana w 2013 r., książka Marka Fathiego Massouda poświęcona złożonemu zagadnieniu użyciu prawa w Sudanie przez aktorów kolonialnych, autorytarnych i humanitarnych, dla których rozwiązania prawne były zarówno narzędziami wyzwolenia, jak i opresji, a praworządność znakomicie służyć mogła utrzymywaniu władzy autorytarnej. W szczególności rządzący Sudanem przez trzy dekady po zamachu stanu Umar al-Bashir poczynił dla własnych korzyści wielkie inwestycje w sądy i całą infrastrukturę prawną³. W kwartalniku „Law and Social Inquiry” znaczącą część jednego z numerów (vol. 41, no. 2, 2016) poświęcono materiałom z sympozjum na temat książki M.F. Massouda. Jednym z komentatorów był Martin Krygier, który odnotował, że prawo może ostatecznie służyć złym celom, nawet jeśli trochę czyni dobro; co więcej, czynienie tak dobra może być też czynieniem zła, ponieważ legitymizuje to władzę i odsuwa ją od własnych obrzydliwych czynów, acz w zakończeniu postu-

² Zob. U. Mattei, L. Nader, *Plunder. When the Rule of Law Is Illegal*, Oxford 2008.

³ Zob. M.F. Massoud, *Law's Fragile State. Colonial, Authoritarian, and Humanitarian Legacies in Sudan*, Cambridge–New York 2013.

lował M. Krygier, aby nie porzucać ideału praworządności jako absolutnego ludzkiego dobra, nawet jeśli nie wiemy dobrze, jak rozmyślnie dążyć do niego⁴. Natomiast Sally Engle Merry skonkludowała, że w kontekście neoliberalizmu *rule of law* w coraz większym stopniu oznacza jedynie zestaw procedur, a nie mechanizm prowadzący do materialnej sprawiedliwości⁵. Oczywiście analizy relacji między prawem a władzą elit prowadzone były już wcześniej, zwłaszcza w kręgach lewicowych, co z polotem przypominał w przytoczonym tekście M. Krygier, ale odwołuję się tu do prac z ostatnich lat, powstałych po ogólnoswiatowej eksplozji powojennego konstytucjonalizmu (wraz z jego głównym składnikiem w postaci sądownictwa konstytucyjnego), cieszącego się, jak zauważył we wpływowej książce Ran Hirschl, prawie całkowitym poparciem badaczy, jurystów i aktywistów⁶. Krytyczne analizy dorobku tak kultywowanego konstytucjonalizmu w obliczu współczesnego kryzysu demokracji są więc uzasadnione, a wręcz konieczne, gdy uwzględni się trwającą kilka dekad dominację owego powojennego paradygmatu.

Podstawowy składnik tego paradygmatu, w postaci zasady proporcjonalności jako narzędzia do oceny ograniczeń praw człowieka, stosowanego na pięciu kontynentach, poddał gruntownej krytyce Francisco J. Urbina. W rozbudowanej argumentacji autor ten podważa obowiązujący w dotychczasowej ortodoksji pogląd, jakoby w sprawach rozpatrywanych w rzeczywistym świecie proporcjonalność sprzyjała osiągnięciu sprawiedliwości. Moralna złożoność spraw dotyczących praw człowieka powoduje, że metafora ważenia jest całkowicie bałamutna. Próbuje się w ten sposób porównywać rozbieżne interesy i niewspółmierne wartości wymagające zróżnicowanych sposobów ich realizacji. Ponadto proporcjonalność ujmowana w nowszych pracach jako swobodne rozumowanie moralne prowadzi do rozstrzygnięć nieopartych na normach generalnych ustanowionych przed rozstrzygnięciem sprawy, a więc do rozstrzygnięć pozbawionych podstawy prawnej⁷.

⁴ M. Krygier, *The Rule of Law between England and Sudan: Hay, Thompson, and Massoud*, „Law and Social Inquiry” Spring 2016, vol. 41, no. 2, s. 486–488.

⁵ S.E. Merry, *The Rule of Law and Authoritarian Rule: Legal Politics in Sudan*, „Law and Social Inquiry”, Spring 2016, vol. 41, no. 2.

⁶ R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Massachusetts 2007, s. 1.

⁷ Zob. F.J. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge 2018.

Osobno wspomnę, że jeśli w okresie kryzysu czy załamania obecnego paradygmatu możliwe będzie prowadzenie względnie nieskrępowanej debaty naukowej, to liczyć można na wzbogacenie jej, poszerzenie o wątki dotychczas tłumione, a więc o zintensyfikowanie sporu doktrynalnego. Za przykład posłużyć może uwaga Adama Czarnoty podkreślającego emancypacyjny potencjał dejurydyzacji życia publicznego, który w zakończeniu swego tekstu przypomina dwie spośród bardzo nielicznych wydanych w Polsce publikacji krytycznych wobec sądownictwa konstytucyjnego i konstatuje, wyraźnie prowokując polemicznie: „Socjologicznie jest interesujące, że argumenty tych dwojga byłych krytyków są obecnie zapomniane nawet przez nich samych”⁸.

Wykorzystać można tu też refleksję Petera L. Lindsetha dotyczącą zbliżonego obszaru sprzeczności tkwiących w projekcie integracji europejskiej, z narastającym rozziwem między ponadpaństwową regulacją a demokratyczną i konstytucyjną legitymizacją na poziomie państwowym. Autor ten stwierdza, że jeśli nie uda się pozyskać legitymacji i woli politycznej dla ponadpaństwowych jednostek, to konieczny będzie strategiczny odwrót od ambitnych projektów i realistyczna ocena procesu integracji europejskiej: „Z pewnością będzie to bolesny proces, zwłaszcza dla sędziów Unii Europejskiej, prawników i profesorów prawa, którzy zainwestowali w paradygmat konstytucyjny”⁹.

W ten sposób dochodzimy do kluczowego, jak sądzę, aspektu prawoznawstwa konstytucyjnego w postaci głębokiego zaangażowania badaczy w przedmiot swych badań. Jak to określił Adam Sulikowski, litera nowoczesnych konstytucji „jest przedmiotem nieprzemijającej egzaltacji pozytywistycznie zorientowanych badaczy”¹⁰. Przypomina to więc kondycję teologii w XVIII i XIX w., co podnosi Paul W. Kahn. Do początku XX w. badania nad chrześcijaństwem nie były dyscypliną intelektualną, ale częścią praktyki religijnej. Dopiero wtedy, gdy projekt teologiczny stał się zdolny do zawieszenia wiary w przedmiot swych badań, mogła wyłonić się prawdziwa dyscyplina reli-

⁸ A. Czarnota, *Populistyczny konstytucjonalizm czy nowy konstytucjonalizm?*, „Krytyka Prawa” 2019, t. 11, nr 1, s. 39–40, <https://krytykaprawa.pl/resources/html/article/detail-s?id=188566> (30.11.2019).

⁹ P.L. Lindseth, *Between the ‘Real’ and the ‘Right’: Explorations along the Institutional-Constitutional Frontier*, [w:] *Constitutionalism and the Rule of Law. Bridging Idealism and Realism*, eds. M. Adams, A. Meuwese, E. Hirsch Ballin, Cambridge 2018, s. 92–93.

¹⁰ A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność. Dyskurs konstytucyjny wobec tryumfu i kryzysu moderny*, Wrocław 2012, s. 12.

giznawcza. „Jeśli pytamy badacza, czy wierzy w prawdę przedmiotu swych badań, współtworzymy podstępną formę cenzury.” – przekonuje P.W. Kahn. To powoduje, że współczesna nauka prawa ma paradoksalny charakter. Badając prawo, stajemy się jego częścią. Skutkiem jest to, że nasze najgłębsze kulturowe zaangażowanie w praworządność pozostaje jednym z najmniej badanych elementów naszego życia¹¹. Usilnie realizujący imperatyw unaukowienia swej dyscypliny fachowcy-konstytucjoniści, co naświetla cytowany A. Sulikowski, prezentują się jako odczłowieczeni naukowcy, którzy „w swej opinii badają zewnętrzną rzeczywistość, formułują po prostu prawdy i skutecznie unikają wartościowania”¹².

Takie wystudiowane scjentystyczne podejście utrudnia zwłaszcza trzeźwą ocenę skuteczności i adekwatności do realnych problemów uświęconych środowiskowo składników współczesnego konstytucjonalizmu, z ideą konstytucji na czele. Tymczasem wspomniane zawieszenie wiary pozwala na celne analizowanie słabości współczesnego paradygmatu. Rozważmy skrótowo trzy przykłady. Louis Michael Seidman w książce *O nieposłuszeństwie konstytucyjnym* przedstawia osadzone w kontekście amerykańskim argumenty na rzecz tezy, że korzyści z podporządkowania się tekstowi konstytucyjnemu z XVIII w. są znacznie słabsze, niż się powszechnie uznaje. Czyż potężni aktorzy naprawdę powstrzymywali się od naruszania wolności obywatelskich tylko przez wzgląd na słowa spisane na arkuszu papieru? Czyż lud naprawdę nie jest zdolny do uniknięcia chaosu bez konstytucji? Czyż sukces państwa naprawdę zależy od wiary w mit? Szczególnie we współczesnych społeczeństwach, w których cenimy różnorodność poglądów, konstytucja działa niczym spisany rozejm po niewypowiedzianej wojnie domowej, ale odzwierciedla jedynie stosunek sił z chwili jego zawierania. Jeśli jego postanowienia są słuszne, to powinny być przestrzegane tylko na tej podstawie, a nie z powodu rangi dokumentu. W wymiarze proceduralnym zaś, im bardziej takie porozumienie staje się oddalone w czasie od współczesnych debat, tym większe prawdopodobieństwo, że przestrzeganie go wikła w niepotrzebne dyskusje i utrudnia osiągnięcie pokoju społecznego¹³.

¹¹ P.W. Kahn, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Law Scholarship*, Chicago 1999, s. 2.

¹² A. Sulikowski, op.cit., s. 83–85.

¹³ Zob. L.M. Seidman, *On Constitutional Disobedience*, New York 2012.

Przykładem drugim są analizy Toma Geralda Daly'ego dotyczące roli sądów, zwłaszcza sądów konstytucyjnych, jako organów budujących i utrzymujących demokrację. W większości państw nie ziszcila się nadzieja związana z jurydyzacją procesu demokratycznego, a w pewnych przypadkach sądy konstytucyjne aktywnie utrudniały demokratyzację. W zakończeniu swej książki autor ten przypomina słowa: gdy jedyne, czym dysponujemy, jest młotek, kuszące jest postrzeganie wszystkiego jak gwoździ, zauważając z perspektywy 2017 r., że grunt wyraźnie usuwa nam się spod stóp i konieczna jest budowa nowego modelu demokratyzacji¹⁴. Na tym tle, pisząc te słowa w październiku 2019 r., postawię hipotezę, że zapomnianą datą w dziejach polskiego konstytucjonalizmu jest dzień 3 grudnia 2019 r. Wtedy mijają bowiem kadencje trzech sędziów Trybunału Konstytucyjnego, co otwarłoby możliwość dokonania formalnie poprawnego wyboru odpowiednio siódmego, ósmego i dziewiątego sędziego TK od rozpoczęcia ósmej kadencji Sejmu w 2015 r., a więc uzyskania większości w Trybunale bez potrzeby prowadzenia opisanego szczegółowo przez Wojciecha Sadurskiego we wspomnianej monografii antykonstytucyjnego procesu „osłabienia i przekształcenia” Trybunału w wymiarze personalnym¹⁵. W tym scenariuszu, bardzo zbliżonym do rzeczywistego, niewygodne orzeczenia byłyby ignorowane i niepublikowane także po zakończeniu 2016 r., odpowiednio dłużej trwałoby przedstawione przez W. Sadurskiego „bombardowanie legislacyjne” ustawami modyfikującymi ustrój TK, co nie zmieniałoby istotnie sytuacji względem rzeczywistej. Wreszcie w grudniu 2019 r. uformowany zostałby ostatecznie „nowy” legitymizujący Trybunał składający się z formalnie prawidłowo wybranych sędziów, a odczytujący Konstytucję w sposób, jaki znamy od 2017 r. W przyszłości wykorzystany może zostać także bardziej wymyślny środek, formalnie dopuszczalny, polegający na rezygnacji z pełnienia funkcji sędziego TK przez grupę sędziów przed zakończeniem wybranej kadencji Sejmu. Udaremni to uzyskanie większości w Trybunale przez nominatów kolejnej większości parlamentarnej poprzez obsadzenie opróżnionych miejsc przez ustępujący obóz polityczny.

Po trzecie przypomnę przytoczone powyżej ustalenia Davida S. Lawa i Chien-Chih Lina dotyczące tego, że biurokratyczne państwa autorytarne w Azji mają

¹⁴ Zob. T.G. Daly, *The Alchemists. Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders*, Cambridge 2017.

¹⁵ W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford 2019, s. 58 i n.

się dobrze i cieszą się poparciem ich mieszkańców. W żadnym z tych trzech przykładów nie sposób przypisać autorom „odchylenia autorytarno-populistyczne”, np. L.M. Seidman zastrzega wprost, że postuluje uwolnienie od zobowiązania konstytucyjnego właśnie po to, aby dochować wierności wielkim celom Konstytucji USA. Chodzi wszakże o badanie rzeczywistych zjawisk i zgodności obserwacji z teoriami, nietłumione zaangażowaniem badaczy w ideał praworządności. Rzut oka na dane bibliograficzne prawie wszystkich przytaczanych przeze mnie pozycji pozwala na rozpoznanie, że taka refleksja krytyczna prezentowana jest w wydawnictwach najgłębszego „głównego nurtu”, a więc jest świadectwem tego, że kryzys uprawianej dyscypliny jest powszechnie odczuwany w wiodących ośrodkach myśli konstytucyjnej.

Nie jest zresztą kryzys ten (a przynajmniej napięcia w obowiązującej ortodoksji) wyłącznie bezpośrednim skutkiem załamania systemów demokratycznych w ostatnich kilku latach. Nie z doraźnych potrzeb uczynił przytaczany Adam Sulikowski przedmiotem swego krytycznego namysłu „mariaż konstytucjonalizmu z moderną”. W obszernym komparatystycznym tomie z 2013 r. Stephen Gardbaum odnotował, że dyskusja na temat miejsca prawa konstytucyjnego w porządkach prawnych zintensyfikowała się, a „stare pytanie o względną doniosłość i znaczenie prawa konstytucyjnego wobec, z jednej strony, kwestii ochrony praw, a z drugiej strony kwestii struktury władzy, podnoszone jest w ostatnich latach w zaskakującej różnorodności kontekstów i z interesująco odmiennymi konkluzjami”¹⁶. Postrzegać te kwestie można nawet w wielowiekowej perspektywie, jak czynią to współautorzy pracy, w której współczesny zachodni konstytucjonalizm nazywają konstytucjonalizmem westfalskim, ponieważ jego podstawą jest koncept suwerenności ustanowiony jako zasadnicza ideologia normatywna i plan porządkujący władzę publiczną od czasu pokoju westfalskiego z 1648 r. W tym ujęciu głębokie zmiany wywołane przez globalizację i rewolucję informatyczną powodują wykształcanie się nowego, post-westfalskiego prawa konstytucyjnego, mającego jak dotąd charakter intuicyjny, fragmentaryczny, eklektyczny, a pod wieloma względami dysfunkcyjny¹⁷.

¹⁶ S. Gardbaum, *The Place of Constitutional Law in the Legal System*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2013, s. 170.

¹⁷ Zob. *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, ed. M. Belov, Oxford 2018.

Inspiracje dla konstytucjonalistów pragnących przewyższać kryzys swej dyscypliny stanowić mogą refleksje myślicieli z obszaru humanistyki. Zwróć tu uwagę na dwa nowe wystąpienia. Filozof i literaturoznawca Michał Paweł Markowski w książce *Wojny nowoczesnych plemion* argumentuje, że zabójczym paliwem dla polityki stało się uznanie opinii, przekonań i wartości za podstawowe wyznaczniki życia politycznego. Jak pisze, dopóki nie nastąpi zmiana we współczesnym myśleniu o polityce, które na plan pierwszy powinno wysunąć sens i interpretację, nie zaś nieustępliwą konfrontację wartości, dopóty przestrzeń publiczna, czyli macierzysta sfera polityki, będzie się coraz bardziej kruszyć i zwężać. Myślenie według wartości należy zastąpić myśleniem według sensu. W założeniach polityki wartości tkwi zamaskowane błędne koło, wywodzi M.P. Markowski, ponieważ dowodzi ona tego, co zostało dowiedzione na gruncie przyjętych przesłanek uznanych za „obiektywne” lepsze. Tymczasem sens nie jest czymś, co dałoby się zawłaszczyć i wycofać ze wspólnej przestrzeni, dlatego kto chce w tej przestrzeni panować, musi składać hołdy polityce wartości¹⁸. Przyznajmy zaś, jak wielkie znaczenie ma w konstytucyjnej ortodoksji myślenie według wartości, stanie na ich straży, wyważanie tychże wartości, optymalizacja itp. Zmiana ukrytych przesłanek, na których opierają się takie doktrynalne i orzecznicze operacje, prowadzi z konieczności do przenicowania całego gmachu doktryny i orzecznictwa (w USA takie prace wyburzeniowe odbyły się już wielokrotnie), co zwięźle wyraziłem, wspominając powyżej o zapomnianej dacie w dziejach polskiego konstytucjonalizmu. Píše zresztą wprost o Konstytucji RP Michał Paweł Markowski, podkreślając, iż preambuła trafnie podkreśla, że istnieją różne źródła wartości, ale natychmiast zostaje to zaprzepaszczone, ponieważ we fragmencie o tym, że Polakami są „zarówno wierzący [...], jak i nie podzielający tej wiary”, Konstytucja ustanawia podział Polski ze względu na to, jak odnosi się do wartości. „Preambuła Konstytucji RP, choć zmierza do połączenia wszystkich obywateli w ramach jednej ustawy, musi najpierw oddzielić jednych od drugich wedle różnych ideologii wartości”¹⁹.

Proces o sejsmicznym wprost rozmiarze analizuje natomiast Jacek Dukaj, filozof i prozaik, zdaniem którego znajdujemy się w okresie przejściowym między

¹⁸ Zob. M.P. Markowski, *Wojny nowoczesnych plemion. Spór o rzeczywistość w epoce populizmu*, Kraków 2019.

¹⁹ M.P. Markowski, op.cit., s. 203–204.

kulturą pisma i kulturą postpiśmienną. Kultura pisma miała na *homo sapiens* tak duży wpływ, że człowiek wychowany w piśmie właściwie nie może myśleć o postpiśmienności inaczej jak o nowym barbarzyństwie i upadku kultury. Dotyczyć to musi także prawa. Kodeks Hammurabiego jest prawem w naszym rozumieniu, ponieważ został zapisany i tym samym zaistniał pozasubiektywnie. Aby prawo istniało, musi zostać zapisane. W epoce postpiśmiennej istotna będzie biegłość w konfigurowaniu przeżyć. Kultura bezpośredniego transferu przeżyć znosi opozycję fikcja-prawda, a forpocztą jest tu postać Donalda Trumpa. Już w tej chwili przekroczyliśmy granicę szczerości rytuału demokratycznego, świadomi, że nie o przedmiot wyborów chodzi, lecz o stosowane w nich techniki manipulacji²⁰. Dopowiem, że próba odwrócenia tego trendu cywilizacyjnego w sferze ustrojowej wymagać musiałaby przywrócenia „testów piśmienności” stosowanych na amerykańskim Południu od drugiej połowy XIX w. w celu pozbawienia prawa głosu formalnie wolnych czarnych obywateli. Przybierało to wręcz postać aranżowanych *ad hoc* w komisjach wyborczych egzaminów z rozumienia przepisów konstytucji stanowych. Jeśli więc trend ten zostanie utrzymany, konieczna będzie jakaś nieznana forma ustrojowej adaptacji.

Zakończę uwagę nawiązującą do tytułowego zmierzchu dotychczasowego paradygmatu, który wyziera z licznych stron omawianego w pierwszej części zbioru „Constitutional Democracy in Crisis?”. Otóż paradoksalnie najbardziej konwencjonalny charakter ma tekst dotyczący kryzysu klimatycznego, sumiennie opisujący inicjatywy legislacyjne w tej sprawie oraz wyrażający wiarę, że to sądy mogą odmienić rzeczywistość. To dobry przykład próby wyjaśnienia anomalii w ramach dotychczasowej wiodącej teorii. Przedstawiany tu tom traktowałbym także jako doktrynalną migawkę, uchwycenie pewnego momentu przełomowego, przejścia między dyskredytowanym starym a nieznanym nowym. Wielce prawdopodobna katastrofa klimatyczna unieważni większość prowadzonych w tomie rozważań, gdyż radykalnie odmieni sposób myślenia o ustrojach i prawach człowieka. W szczególności gruntownemu przeformułowaniu ulec zapewne będzie musiało podejście do własności i działalności gospodarczej, które to kwestie były kamieniem węgielnym nowożytnej praworządności. W tym sensie wymowne jest to, że akurat ten wątek wybrzmiał w tym prowokującym do dyskusji zbiorze najślabiej.

²⁰ Zob. J. Dukaj, *Po piśmie*, Kraków 2019, s. 185 i n.

Literatura

- Czarnota A., *Populistyczny konstytucjonalizm czy nowy konstytucjonalizm?*, „Krytyka Prawa” 2019, t. 11, nr 1.
- Daly T.G., *The Alchemists. Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders*, Cambridge 2017.
- Dukaj J., *Po piśmie*, Kraków 2019.
- Gardbaum S., *The Place of Constitutional Law in the Legal System*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2013.
- Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, red. M. Belov, Oxford 2018.
- Hirschl R., *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Massachusetts 2007.
- Kahn P.W., *The Cultural Study of Law. Reconstructing Law Scholarship*, Chicago 1999.
- Krygier M., *The Rule of Law between England and Sudan: Hay, Thompson, and Massoud*, „Law and Social Inquiry” Spring 2016, vol. 41, no. 2.
- Lindseth P.L., *Between the ‘Real’ and the ‘Right’: Explorations along the Institutional-Constitutional Frontier*, [w:] *Constitutionalism and the Rule of Law. Bridging Idealism and Realism*, eds. M. Adams, A. Meuwese, E. Hirsch Ballin, Cambridge 2018.
- Markowski M.P., *Wojny nowoczesnych plemion. Spór o rzeczywistość w epoce populizmu*, Kraków 2019.
- Massoud M.F., *Law’s Fragile State. Colonial, Authoritarian, and Humanitarian Legacies in Sudan*, Cambridge–New York 2013.
- Mattei U., Nader L., *Plunder. When the Rule of Law Is Illegal*, Oxford 2008.
- Merry S.E., *The Rule of Law and Authoritarian Rule: Legal Politics in Sudan*, „Law and Social Inquiry”, Spring 2016, vol. 41, no. 2.
- Sadurski W., *Poland’s Constitutional Breakdown*, Oxford 2019.
- Seidman L.M., *On Constitutional Disobedience*, New York 2012.
- Sulikowski A., *Konstytucjonalizm a nowoczesność. Dyskurs konstytucyjny wobec tryumfu i kryzysu moderny*, Wrocław 2012.
- Urbina F.J., *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge 2018.